

## University of Groningen

### GPL

Paapst, Mathieu/M.H.

*Published in:*  
Open Source Jaarboek 2006-2007

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Paapst, MM. H. (2006). GPL: de auteursrechtelijke toestemming tot gebruik. *Open Source Jaarboek 2006-2007*, 101-112.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# GPL, de auteursrechtelijke toestemming tot gebruik

Door mr. Mathieu Paapst

## Inleiding

Over vrije en open source software bestaan veel juridische misverstanden wat betreft aansprakelijkheid, licenties en in het bijzonder de GPL-licentie. Vaak wordt daar in ICT-vakbladen in algemene termen over geschreven, zonder een wetenschappelijk-verantwoorde achterliggende juridische onderbouwing. In deze beschouwing zal ik daarom dieper ingaan op een aantal juridisch-relevante aspecten.

## Auteursrecht op software

Uit artikel 10 lid 1 sub 12 Aw blijkt dat computerprogramma's en het voorbereidende materiaal ook als werk in de zin van de Auteurswet (Aw) gezien kunnen worden. Voor de verveelvoudiging en openbaarmaking van deze categorie werken is zelfs een speciaal regime in de wet opgenomen, dat een vergaande auteursrechtelijke bescherming geeft.

Om deze vergaande bescherming enigszins te neutraliseren en te voorkomen dat voor ieder gebruik toestemming moet worden gevraagd, zijn voor de gebruikers van een computerprogramma een aantal minimum-rechten in de wet opgenomen. Zo volgt uit artikel 45j Aw dat een rechtmatige verkrijger van een exemplaar het werk mag verveelvoudigen indien dat noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. Men noemt dit ook wel de wettelijke licentie.

Hoewel het woord 'exemplaar' anders doet vermoeden, vloeit uit de Europese softwarerichtlijn 91/250 EEG niet voort dat het hierbij moet gaan om een stoffelijk exemplaar zodat ook online verkregen software onder dit minimumrecht valt.<sup>1</sup> Iemand is rechtmatig verkrijger indien het exemplaar aan hem door de auteursrechthebbende of door een bevoegde licentiehouder beschikbaar is gesteld. Ook de rechtmatige verkrijger van open source software (OSS) kan zich hier derhalve op beroepen.

Uit artikel 45k Aw volgt verder dat de rechtmatige verkrijger van het werk, indien dat noodzakelijk is, een reservekopie mag maken. Dit mag contractueel niet worden verboden.<sup>2</sup> Ondanks deze minimum-rechten kan echter gesteld worden dat de verveelvoudiging, die noodzakelijk is voor het gebruik van de software, vrijwel altijd auteursrechtelijk relevant is. Dit heeft tot gevolg dat software in beginsel niet gebruikt mag worden zonder enige vorm van auteursrechtelijk relevante toestemming.

## Licentieverlening

De licentie-overeenkomst bevat de auteursrechtelijke toestemming die de auteursrechthebbende aan een ander kan verlenen om ten aanzien van het werk die handelingen te verrichten die ex art. 1 Aw exclusief aan de auteursrechthebbende zijn voorbehouden. Met andere woorden: hij zal zijn auteursrechtelijke verbodsrecht niet uitoefenen jegens de licentienemer.

---

<sup>1</sup> De richtlijn spreekt in overweging 17 over een kopie van een programma. Dit is naar mijn mening niet noodzakelijkerwijze hetzelfde als een stoffelijk exemplaar. Zie ook: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p.597.

<sup>2</sup> In de praktijk loopt men hier vaak tegen een kopieerbeveiliging op, waardoor het technisch niet mogelijk is om de reservekopie te maken.

In een licentie kan de auteursrechthebbende daarom voorwaarden opnemen met betrekking tot het gebruik van de software. Zo is het bij commerciële gesloten software gebruikelijk dat het aantal gebruikers beperkt is, de broncode niet kan en mag worden ingezien en er een terugkerende licentievergoeding aan de auteursrechthebbende betaald moet worden. In de meeste gevallen is het verboden de software (indien dat al mogelijk is) te bewerken of verder te verspreiden.

Zonder een licentie is de derde dus in beginsel niet bevoegd om de auteursrechtelijk relevante handelingen te verrichten en pleegt hij een auteursrechtinbreuk.<sup>3</sup>

Men koopt bij gesloten software dus niet alleen de fysieke drager maar tevens de toestemming om de software op de drager te mogen gebruiken.<sup>4</sup> Bij een online aankoop van proprietary software is er geen sprake van betaling voor de fysieke drager en zal men dus alleen een vergoeding betalen voor de licentie. Een speciale regeling voor de licentie kunnen we in de wet niet aantreffen, waardoor deze vormvrij tot stand kunnen komen.

Om bij de fysieke levering van proprietary software op een praktische wijze licentie-overeenkomsten te kunnen sluiten, maken veel leveranciers gebruik van een zogenaamde shrink-wrap licentie. Daarbij worden de licentievoorwaarden leesbaar onder het krimpfolie aangebracht op de doos met de softwaredrager. Door het openen van de folie stem je (volgens de licentie) in met de voorwaarden. Over de geldigheid van een shrink-wrap heeft de president van de Rechtbank Amsterdam zich als volgt uitgelaten:

‘(dat) het enkele openen van een verpakking geen licentie-overeenkomst tussen de producent van een computerprogramma en de gebruiker daarvan tot stand (doet) komen. Wil daarvan sprake zijn, dan zal de gebruiker, voordat hij tot de aankoop van het programma overgaat, zich ervan bewust moeten zijn dat hij op de (...) beschreven manier een licentie-overeenkomst zal aangaan. Bovendien zal voor hem op voorhand duidelijk moeten zijn wat de voorwaarden van de overeenkomst zullen inhouden. Bij het ontbreken van genoemde omstandigheden komt immers geen wilsovereenstemming tot stand.’<sup>5</sup>

Deze uitspraak lijkt tot gevolg te hebben dat licentie-overeenkomsten alleen geldig tot stand kunnen komen door middel van aanbod en aanvaarding. De licentienemer moet daarbij in ieder geval de kans krijgen om kennis te nemen van de licentievoorwaarden alvorens er sprake kan zijn van een overeenkomst.

Omdat bepaalde voorwaarden (zoals de verderop te bespreken beperking van aansprakelijkheid) tevens als standaardvoorwaarde in andere overeenkomsten worden gebruikt, wordt onder de meerderheid van de juristen aangenomen dat licentie-overeenkomsten voor proprietary software eigenlijk als geheel algemene voorwaarden zijn bij de koopovereenkomst van de drager.

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar indien de wederpartij voor of bij het sluiten van de overeenkomst niet een redelijke mogelijkheid heeft gehad om er kennis van te nemen.<sup>6</sup> Dit kennis kunnen nemen van de licentievoorwaarden is onder meer mogelijk indien er op de downloadpagina van online-software via een hyperlink naar de voorwaarden wordt verwezen. Dit laatste noemt men ook wel browse-wrap. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft zich in de zaak Netwise/NTS, waarbij NTS gratis gebruik maakte van de emailgids van Netwise terwijl ze in de gelegenheid was geweest om de

---

<sup>3</sup> Met uitzondering van de wettelijke beperkingen.

<sup>4</sup> Bij drager kan men denken aan een CD-Rom of een DVD met daarop een computerprogramma.

<sup>5</sup> Pres. Rb Amsterdam 24 mei 1995, *Computerrecht* 1997-2, p. 63-65.

<sup>6</sup> Art. 6:233 sub b BW.

gebruiksvoorwaarden te lezen, als volgt uitgelaten over de gebondenheid van NTS aan algemene voorwaarden via de ‘browse-wrap’ methode:

‘NTS heeft voorts aangevoerd dat zij niet gebonden was aan de algemene voorwaarden daar haar, toen zij de site bezocht, niet is gevraagd akkoord te gaan met die voorwaarden. (...) Anders dan NTS meent, leidt dat niet tot het oordeel dat die voorwaarden niet van toepassing zijn. Zelfs indien moet worden aangenomen dat op de openingspagina van de site niet was vermeld "*door in deze gids te zoeken stemt u in met de voorwaarden*", doch dat slechts een button "*voorwaarden*" werd getoond en dat door het aanklikken van die button de voorwaarden konden worden geraadpleegd, moet worden aangenomen dat NTS door de gids te raadplegen zich aan die voorwaarden heeft gebonden.’<sup>7</sup>

Volgens artikel 3:37 lid 1 BW kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden en ook in een gedraging besloten liggen. Het feit dat NTS als professionele partij gebruik heeft gemaakt van de emailgids, is hier kennelijk voldoende om te kunnen spreken van aanvaarding die besloten lag in de gedraging.<sup>8</sup>

Om juridische onduidelijkheden en problemen als bovenstaande te voorkomen, maken producenten steeds vaker gebruik van de zogenaamde click-wrap licentie. Daarbij worden de licentievoorwaarden gedurende de installatie op het scherm getoond. De gebruiker moet hier doorheen scrollen en de voorwaarden bevestigen alvorens een verdere installatie mogelijk is. Ook in dit geval is het daadwerkelijke gebruik van de software voldoende om aan te nemen dat men de licentievoorwaarden heeft willen aanvaarden. Daarnaast lijkt dit ook in praktisch zin de beste methode te zijn.

## Open source licentie

Het centrale idee van open source software is gebaseerd op licentievoorwaarden, die juist erg veel toestaan aan een licentienemer. Zo mag er geen licentievergoeding worden gevraagd, moet de broncode vrij beschikbaar zijn en moet het zijn toegestaan deze broncode vrij aan te passen en verder te verspreiden. Desondanks is ook hier elk gebruik dat buiten de in de licentie aangegeven grenzen valt, en daarmee niet voldoet aan de door de auteursrechthebbende gestelde voorwaarden, een inbreuk op het auteursrecht

Zo zijn in veel open source-licenties bepalingen opgenomen die de verveelvoudiging en bewerking van het werk door de licentienemer toestaan, mits deze verveelvoudiging of bewerking onder dezelfde licentie blijft vallen. Dit noemt men ook wel copyleft.<sup>9</sup> Ook zijn er vaak bepalingen met beperkingen voor verder commercieel gebruik, en zijn er vrijwaringen in opgenomen.

Het belangrijkste verschil tussen de hiervoor besproken gesloten softwarelicenties en de OSS-licenties is echter gelegen in het feit dat er voor de verkregen toestemming geen sprake is van een tegenprestatie in de zin van een betaling.<sup>10</sup> De tegenprestatie hangt eerder samen met de eerbiediging van de (copyleft) licentievoorwaarden. Daarmee zet het een licentienemer die het niet eens is met een bepaalde licentievoorwaarde voor een ‘duivels’ dilemma. Dit kwam in

---

<sup>7</sup> Vzng. Rb Rotterdam 5 december 2002, *KG* 2003/15, r.o. 3.1.

<sup>8</sup> Zie ook: K.J. Koelman, ‘Terug naar de bron: open source en copyleft’, *Informatierecht/AMI*, 2000-8, p. 152; Anders: Chr. De Preter & H. Dekeyser, ‘De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties’, *Computerrecht*, 2004-33, p. 217.

<sup>9</sup> De term “Copyleft” zal verderop bij de behandeling van de GPL worden besproken.

<sup>10</sup> Wel is het mogelijk om een vergoeding te vragen voor de drager.

1996 al naar voren in een Amerikaanse rechtszaak over de geldigheid van een shrink-wrap licentie. Rechter Easterbrook verwoordde het dilemma als volgt:

“(…) Copyright law forbids duplication, public performance, and so on, unless the person wishing to copy or perform the work gets permission; silence means a ban on copying. A copyright is a right against the world. Contracts, by contrast, generally affect only their parties; strangers may do as they please, so contracts do not create "exclusive rights." Someone who found a copy of (a copyrighted work) on the street would not be affected by the shrinkwrap license - though the federal copyright laws of their own force would limit the finder's ability to copy or transmit the application program.”<sup>11</sup>

De derde die zich beroept op het ontbreken van aanvaarding van de licentievoorwaarden en daarmee aangeeft dat er geen overeenkomst bestaat tussen hem en de licentiegever, doet tevens een beroep op de ‘default’ status van het auteursrecht. Daarmee is de derde weliswaar niet gehouden aan de restricties die mogelijk volgen uit de licentievoorwaarden maar bevindt hij zich tevens in een slechtere situatie, waarbij het hem op grond van de Auteurswet niet toegestaan is om het werk te verveelvoudigen of te openbaren zonder toestemming van de rechthebbende.<sup>12</sup>

Op grond van artikel 45i Aw is immers zelfs het enkele gebruik van de software niet toegestaan zonder toestemming. Deze toestemming heeft hij echter afgewezen door het afwijzen van de licentievoorwaarden.<sup>13</sup>

Voor het invoeren van het auteursrechtelijke verbodsrecht bij open source software maakt het derhalve niet uit of en hoe de licentie-overeenkomst tot stand is gekomen en of een derde aan de licentievoorwaarden gebonden is.

Gelet op dit dilemma en het afzonderlijke belang van de toestemming, denk ik dat bij open source software de auteursrechtelijke toestemming en de bijbehorende gebruiksvoorwaarden in de licentie de eigenlijke kern van de prestatie zijn. Daarmee zijn vrijwel de meeste bedingen uit de open source-licentie te beschouwen als kernbedingen in de zin van art. 6:231 sub *a* BW en ontkomen ze aan de voorschriften die er bestaan rond algemene voorwaarden.<sup>14</sup>

## Aansprakelijkheid en disclaimers

Er bestaat een belangrijke uitzondering op de constatering dat het bij open source licenties om kernbedingen gaat. Vrijwel alle OSS-licenties bevatten een zogenaamde disclaimer, een vrijwaring waarbij wordt aangegeven dat de software ‘AS IS’ wordt geleverd, zonder enige vorm van garantie en dat de licentiegever niet aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten. Omdat een dergelijke vrijwaring is opgesteld met de bedoeling veelvuldig te worden overeengekomen en het in redelijkheid niet als auteursrechtelijk kernbeding kan worden aangemerkt, valt het onder de voorschriften die de wet stelt aan algemene voorwaarden (art. 6:231 ev BW). Het is dan vernietigbaar indien het onredelijk bezwarend is voor de licentienemer (art 6:233 sub *a*. BW) of indien de licentienemer geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om van de voorwaarde kennis te nemen (art. 6:233 sub *b*. BW).

---

<sup>11</sup> 7th Circuit court of appeals, 1996, 86 F.3d 1447, ProCD v. Zeidenberg, < [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86\\_F3d\\_1447.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm) > (geraadpleegd: 7 september 2006).

<sup>12</sup> Aldus ook: W.H. van Holst & N.K. van Mullem, ‘De (on)geldigheid van de GPL’, *JAVI*, 2004-3, p. 97.

<sup>13</sup> A.M. St. Laurent, *Understanding open source & free software licensing*, Sebastopol: O’Reilly media 2004, p. 152.

<sup>14</sup> Vgl. Spoor, Verkade & Visser 2005, p.449.

Nu komen dergelijke bepalingen niet alleen specifiek voor bij OSS-licenties ook de licenties van gesloten proprietary software bevatten dergelijke exoneratieclausules. Partijen zijn namelijk in beginsel vrij om een verplichting tot schadevergoeding te beperken of uit te sluiten.

Omdat de licentienemer voor het daadwerkelijk gebruiken van de open source software auteursrechtelijke toestemming nodig heeft en hij voor deze toestemming de licentie moet hebben gelezen, althans had kunnen lezen, ben ik van mening dat vernietiging op grond van het niet voldaan hebben aan de informatieplicht weinig kans van slagen heeft. Je moet de licentie hebben gezien, omdat anders het gebruik van de software in beginsel verboden is. Het duivelse dilemma speelt ook hier een rol.

Ik zal mij hier verder beperken tot een korte niet-limitatieve opsomming van omstandigheden waaronder een beroep onredelijk bezwarend kan zijn voor de licentienemer.

Zo is het in Nederland naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in ieder geval niet mogelijk om bij opzet of grove schuld een beroep te doen op een exoneratie. Iemand die doelbewust of door roekeloosheid ‘fouten’ heeft veroorzaakt in de software is dus altijd aan te spreken voor de daardoor ontstane schade.

Een dergelijke opzettelijke fout zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het zonder toestemming door een programmeur doelbewust gebruiken van broncode, waarvan het auteursrecht bij een derde ligt. Bij grove schuld kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarbij een programmeur wist dat er een ernstige programmeerfout in de software zat en hij hier niet op heeft gewezen.

Indien de licentienemer een consument of een kleine onderneming<sup>15</sup> is, kan een beroep worden gedaan op de zwarte en grijze lijst. Deze lijsten (art. 6:236-237 BW) bevatten voorbeelden van voorwaarden die onredelijk bezwarend kunnen zijn. Zo volgt uit artikel 6:233 sub a jo 6:237 sub f. BW dat van het exoneratiebeding wordt vermoed dat deze onredelijk bezwarend is. Het beding is in dat geval vernietigbaar, tenzij de licentiegever kan aantonen dat het beding niet onredelijk is. Bijvoorbeeld het feit dat de licentie zonder kosten ter beschikking is gesteld, en dat de licentiegever in de meeste gevallen niet heeft kunnen overleggen over de doeleinden van gebruik met de gebruiker van de software, zou een argument kunnen zijn waardoor het beding niet onredelijk is.<sup>16</sup>

Grotere bedrijven en overheidsorganisaties kunnen geen beroep doen op de vernietigingsgronden, zoals deze in de zwarte en grijze lijst voorkomen (art. 235 lid 1 BW). Zij kunnen er als professionele partij rekening mee houden dat OSS-licenties standaard exoneratieclausules bevatten. Tevens brengt het niet hoeven betalen voor de licentie met zich mee dat van de professionele afnemer een zekere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht met betrekking tot het doel waartoe het programma wordt gebruikt.<sup>17</sup>

Overigens bestaan er tegenwoordig diverse businessmodellen waarbij commerciële softwareleveranciers en dienstverleners tegen een geldelijke vergoeding wel garanties verlenen en een (beperkte) aansprakelijkheid voor fouten aanvaarden. Ook de hierna te bespreken GPL staat toe dat de licentienemer dergelijke afspraken kan maken. In een dergelijk geval bestaat er naast de licentie nog een afzonderlijke levering- of garantieovereenkomst. Het gaat daarbij dus ook niet om een licentievergoeding.

---

<sup>15</sup> Een kleine onderneming heeft minder dan 50 werknemers in dienst (art. 6:235 lid 1 sub b BW) en hoeft geen jaarrekening te publiceren (art. 6: 235 lid 1 sub a BW).

<sup>16</sup> Ook Visser noemt het “niet hoeven te betalen” voor software een belangrijke factor (E.N.M. Visser, ‘GNU General Public License – All rights reversed?’, *Computerrecht*, 2004-33, p. 229).

<sup>17</sup> Aldus ook: Visser 2004, p. 229.

Buiten de hiervoor besproken omstandigheden bestaan er overigens nog vele andere mogelijkheden waaraan een exonerationclausule getoetst kan worden.<sup>18</sup> Deze mogelijkheden laat ik hier verder buiten beschouwing, omdat ze afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en niet specifiek gelden voor OSS-licenties. Grotere professionele afnemers doen er naar mijn mening verstandig aan bij de aanschaf van open source software juridisch advies in te winnen over de exonerationen en garanties.

## General Public License (GPL)

De door Richard Stallman geschreven General Public License is een van de bekendste open source-licenties. Het geeft iedereen toestemming om software onder deze licentie te gebruiken, te kopiëren, te wijzigen en verder te verspreiden. Er zijn ook de nodige restricties. Zo eist het van gebruikers dat gemodificeerde versies ook onder dezelfde licentie vallen. De broncode en de gebruiksvrijheden zijn daarmee onafscheidelijk geworden van de software. Dit vereiste noemt men ook wel ‘copyleft’. Inmiddels werken vele duizenden projecten, inclusief Linux, onder de sinds juni 1991 bestaande tweede versie van de GPL.

Voor zover bekend is er geen Nederlandse jurisprudentie over de rechtsgeldigheid van de GPL. Er is binnen Europa wel Duitse rechtspraak. Op 19 mei 2004 wees het ‘Landesgericht München’ vonnis tussen Netfilter en Sitecom GmbH in een beroep tegen een eerdere voorlopige voorziening.<sup>19</sup>

De feiten van de casus zijn als volgt: de heer Welte is de verantwoordelijke voor het open source- project *Netfilter/iptables*. Netfilter stelt haar software onder de voorwaarden van de GPL ter beschikking op het internet. Gedaagde Sitecom bewerkte deze software en bood haar samen met andere producten op haar website aan. Sitecom hield zich hierbij niet aan de voorschriften van de GPL door op haar website geen verwijzing te maken naar de (tekst van de) GPL en door na te laten de broncode van de bewerkte software aan te bieden.

Volgens Netfilter heeft het handelen van Sitecom tot gevolg dat er conform artikel 4 GPL een verbod is ontstaan voor Sitecom op verdere openbaarmaking en verspreiding. De rechten daartoe zijn op grond van de GPL automatisch vervallen. Men betoogde daarnaast dat het niet uitmaakte of de GPL rechtsgeldig tussen partijen tot stand is gekomen, omdat Sitecom op grond van het auteursrecht in beginsel geheel geen exploitatierechten heeft op de software. In een inleidende beschouwing overweegt het Landesgericht allereerst dat de GPL niet betekent dat er afstand gedaan is van het auteursrecht door de auteursrechthebbende. De rechthebbende kan het auteursrecht juist aanwenden als men zich niet aan de GPL houdt:

“To begin with, the Panel shares the view that one cannot perceive the conditions of the GPL (General Public License) as containing a waiver of copyright and related legal positions. On the contrary, the users avail themselves of the conditions of copyright law in order to secure and carry into effect their concept of the further development and dissemination of software”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Onder andere: strijdig met goede zeden (art. 3:40 BW), bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (art. 3: 44 BW), dwaling (art. 6:228 BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

<sup>19</sup> Landgericht München 19 mei 2004, [www.jbb.de/urteil\\_lg\\_muenchen\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf) ; Zie voor Engelse vertaling: [www.jbb.de/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf) (geraadpleegd: 4 september 2006).

<sup>20</sup> Landgericht München 19 mei 2004, < [http://www.jbb.de/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf) > (geraadpleegd: 4 september 2006).

De Duitse auteurswet (Urheberrechtsgesetz) kent in tegenstelling tot de Nederlandse Auteurswet een uitgebreide regeling met betrekking tot de licentie-overeenkomst.<sup>21</sup> De via een licentie verkregen ‘nutzungsrechte’ mogen volgens art. 31 lid 1 UrhG ‘sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden’. Een automatische terugval van ‘nutzungsrechte’, zoals beschreven in artikel 4 GPL valt hier dus niet onder.

Artikel 4 GPL:

“You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.”

Het Landesgericht komt tot de constatering dat de tweede bepaling uit artikel 4 GPL, de automatische terugval van rechten bij niet naleving van de licentievoorwaarden, mogelijk in technische zin strijdig is met de op ‘nutzungsrechte’ toegestane beperkingen. Dit doet voor de uitkomst van het geschil echter niet terzake omdat het eerste deel van art. 4 GPL volgens het Landesgericht onverkort van toepassing blijft.

Uit de verdere overwegingen blijkt dat de verwijzing op de website van Netfilter naar de GPL (in casu te beschouwen als browse-wrap) voldoende is om aan te nemen dat de GPL in de relatie met Sitecom naar Duits recht kan worden beschouwd als een door Sitecom geaccepteerde set algemene voorwaarden. Dat de licentie in het Engels is opgesteld doet daar volgens het Landgericht verder niets aan af omdat het Engels de gangbare taal is in de softwarebranche. Het Landesgericht besluit met een overweging ten overvloede, waarin men ingaat op de mogelijkheid dat art. 4 van de GPL in een toekomstig geschil ongeldig zou worden verklaard:

“Even if one was of the opinion, that GPL No. 4 or No. 3 do – eventually – not withstand as to their validity when examined according to German Civil Code Section 307, one would – in the opinion of the Panel – have to very closely examine if the contract was not invalid as a whole according to Section German Civil Code 306 Para. 33. If the open development of the software is endangered by the invalidity of the clause and a fundamental concept of open source software is affected, there is – in the opinion of the Panel – considerable ground for the argument that in such cases there has been no agreement *in rem* at all with the consequence that any use of the software is illegal.”<sup>22</sup>

Uit deze laatste zin is op te maken dat het Landesgericht het eens lijkt te zijn met de stelling van Netfilter dat partijen zonder rechtsgeldige GPL terugvallen op het ‘Urheberrechtsgesetz’. In dat geval is er sprake van de auteursrechtelijke ‘default’ status en zou ieder gebruik van de software door Sitecom onderworpen zijn aan de auteursrechtelijke toestemming van Netfilter. Zonder deze toestemming is er sprake van een auteursrechtinbreuk.

Het is derhalve niet van belang of de voorwaarden van de GPL in haar huidige vorm door Sitecom zijn geaccepteerd. Of er tussen Sitecom en Netfilter daadwerkelijk een contractuele relatie is ontstaan, blijft daarom verder in het midden. Sitecom moet volgens het Landesgericht de bepalingen uit de GPL nakomen.

Hoewel de GPL oorspronkelijk naar Amerikaans recht is opgesteld en er in de licentie geen rechtskeuze wordt gemaakt en geen bevoegde rechter wordt aangewezen, lijkt het er dus op

---

<sup>21</sup>Zie < <http://www.gema.de/engl/copyright/urhg/index.shtml> > (geraadpleegd: 6 september 2006).

<sup>22</sup> < [http://www.jbb.de/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf) > (geraadpleegd: 5 september 2006).



dat de GPL naar Duits recht afdwingbaar is. Er lijkt geen reden te zijn om te vermoeden dat dit naar Nederlands recht anders zal zijn.

## Misverstanden over de GPL

De gedachte dat de GPL niet afdwingbaar zou zijn, is niet het enige misverstand dat bestaat. Een aantal andere misverstanden zal ik hierna bespreken.

Zo zou de GPL een viraal karakter hebben. Dat zou betekenen dat aanpassingen, wijzigingen en andere afgeleide werken van het computerprogramma onder dezelfde (GPL) licentievoorwaarden inclusief de broncode, beschikbaar gesteld moeten worden. Deze zogenaamde copyleft-bepaling zou er dan zelfs voor kunnen zorgen dat een gesloten en oorspronkelijk 'proprietary' computerprogramma, dat via een interne koppeling gebruik maakt van GPL-software of op dezelfde drager staat, zelf ook onder de GPL zou vallen. Daarmee zou dus de broncode van gesloten software moeten worden vrijgegeven om inbreuk op de GPL te voorkomen.

De tekst waar het hierom gaat is artikel 2 sub b van de GPL:

*2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:*

*(...)*

*b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.*

*(...)*

*These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it. Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.*

*In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.*

Ten eerste blijkt al uit sub b dat het artikel alleen spreekt over distributie en verdere openbaarmaking. Software onder de GPL mag daarom in beginsel altijd voor eigen intern gebruik worden toegepast en de eindgebruiker kan zonder aanvullende verplichtingen de software bewerken en zelfs koppelen aan andere 'proprietary' programma's. Pas indien de software of een bewerking daarvan opnieuw verspreid gaat worden, zal men rekening moeten houden met de extra copyleft-vereisten in de licentie.

Ook blijkt uit de verdere overwegingen dat artikel 2 niet van toepassing is op identificeerbare gedeelten van de software, die geen afgeleide zijn van de GPL-code en die in alle redelijkheid zelfstandig en afzonderlijk kunnen werken. Ook het enkele opslaan van andere werken samen met GPL-software op een drager of ander distributiemedium is niet voldoende voor de toepassing van artikel 2 GPL op de andere werken.

Artikel 2 GPL is wel van toepassing op zogenaamde afgeleide werken. In artikel 0 wordt hiervoor de volgende definitie gegeven:

*a "work based on the Program" means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language.*

De definitie verwijst dus voor haar terminologie naar het auteursrecht. In artikel 10 lid 2 van de Auteurswet is opgenomen dat bewerkingen van een bestaand werk te beschouwen zijn als verveelvoudigingen in gewijzigde vorm. Bij een dergelijke bewerking worden onderdelen van bestaande broncode overgenomen en worden er zelf onderdelen aan toegevoegd. De bewerker moet daarom enerzijds rekening houden met het auteursrecht (en de licentievoorwaarden) op de bestaande broncode en krijgt anderzijds zelf auteursrecht op zijn bewerking.<sup>23</sup>

Om nu te voorkomen dat een dergelijke bewerking door de bewerker als gesloten proprietary software verkocht gaat worden, bepaalt artikel 2 GPL dat de bewerker alleen de bestaande broncode mag gebruiken indien de bewerking ook onder de GPL zal vallen.

De enkele koppeling van programma's, bijvoorbeeld door middel van dynamisch linken, is in auteursrechtelijke zin niet te beschouwen als verveelvoudiging in gewijzigde vorm. Er worden immers geen onderdelen uit een bestaand werk overgenomen of bewerkt. Een uitzondering hierop is het zogenaamde statische linken waarbij bestaande en nieuwe onderdelen worden samengevoegd tot een nieuw uitvoerbaar bestand.<sup>24</sup>

Ook het Amerikaanse auteursrecht hanteert in hoofdstuk 17 U.S.Code artikel 101 een met het Nederlandse auteursrecht vergelijkbare definitie van afgeleide werken.

Onduidelijk en omstrede is daarom het standpunt van de Free Software Foundation (FSF) dat door het enkele koppelen van programma's een afgeleid werk zou kunnen ontstaan.<sup>25</sup> Zelfs Linus Torvalds, de geestelijke vader van Linux, heeft kritiek geuit op een dergelijke ruime interpretatie.<sup>26</sup> Er ontbreekt tot op heden een rechterlijke uitspraak over dit artikel.

## De "Liberty or death" clause

In 1991 kwam de tweede versie van de GPL uit. De grootste verandering was de toevoeging van de 'Liberty or death'-clause in artikel 7 GPL.

*7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by*

<sup>23</sup> Mits dit een eigen karakter heeft.

<sup>24</sup> Een executable welke ontstaat door samenvoegingen van objectcode.

<sup>25</sup> De FSF is een door Stalman opgerichte organisatie welke ondermeer verantwoordelijk is voor de handhaving van de GPL.

<sup>26</sup> Zie <<http://kerneltrap.org/node/1735>> (laatst bezocht 18 september 2006).

*all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.*

Over deze bepaling wordt vaak ten onrechte gedacht dat het zou verplichten tot het niet opvolgen van rechterlijke uitspraken en het inbreuk maken op een octrooi. Dat berust echter op een onjuiste interpretatie of onvolledige lezing.

Omdat niet voorkomen kan worden dat software-octrooien worden ingezet tegen programma's die onder de GPL vallen, en een octrooihouder dus de gebruikers of distributeurs zou kunnen verplichten tot afname van een octrooilicentie, zal in een dergelijk geval het gevolg van de clause zijn dat verdere distributie van de software op grond van het auteursrecht verboden is. De octrooihouder wordt daarmee voor een dilemma geplaatst. Indien hij juridische actie gaat ondernemen tegen de onwetende gebruiker of distributeur, dan is deze volgens de wet (art. 70 lid 3 Row 1995) pas schadeplichtig nadat hij er door de octrooihouder op gewezen is dat de software inbreuk maakt op een octrooi. Hij kan dus zonder schadevergoeding te hoeven betalen stoppen met het gebruik of de distributie van het inbreukmakende software-onderdeel.<sup>27</sup>

Indien de octrooihouder vervolgens zal trachten aan de gebruiker of distributeur een octrooilicentie te verkopen, dan zou de software in de filosofie van de FSF niet meer vrij zijn. De clause geeft daarom de voorkeur aan een auteursrechtelijk verbod tot distributie, indien daarmee kan worden voorkomen dat de software en haar gebruikers onderworpen worden aan extra restricties. Hierdoor schiet een octrooigerechtigde er *de facto* weinig mee op indien hij kostbare juridische actie gaat ondernemen.

Het staat een eindgebruiker wel vrij om voor eigen intern gebruik een octrooilicentie te nemen.<sup>28</sup> Overigens zijn er voor zover bekend in Nederland geen rechtszaken geweest tussen een octrooihouder en een open source-project. Dit in tegenstelling tot bepaalde proprietary software.

### GPL versie 3

Een aantal misverstanden rond de GPL hangen samen met het feit dat de gebruikte begrippen in de licentie wereldwijd binnen het auteursrecht verschillende interpretaties kunnen hebben. Het afgeleide werk is daar een sprekend voorbeeld van. Dit is voor de FSF een reden geweest om een derde versie van de GPL op te gaan stellen. Deze nieuwe versie moet daarnaast meer rekening gaan houden met softwareoctrooien, licentiecomptabiliteit en vrijheidsbeperkingen als gevolg van Digital Restrictions Management.

De meeste GPL-applicaties zijn de afgelopen jaren uitgegeven onder een interne verwijzing in de broncode naar de toepasselijkheid van *GPL versie 2 of (naar keuze van de gebruiker) iedere latere versie*. Door deze verwijzing is het mogelijk geworden om alle huidige gebruikers en distributeurs van GPL software moeiteloos en vrijwillig te laten overstappen naar een nieuwe licentieversie.

Aanvaarding van de nieuwe versie zal vooral moeten blijken door *de facto* te handelen naar de nieuwe voorwaarden die zijn verbonden aan de auteursrechtelijke toestemming.<sup>29</sup> Indien er

<sup>27</sup> Mogelijk zal de open source community in dergelijke gevallen het inbreukmakende onderdeel verwijderen en met een alternatief komen.

<sup>28</sup> Er bestaan waarschijnlijk grote aantallen ongeldige software-octrooien welke voor de rechter geen stand zullen houden. Het nemen van een octrooilicentie moet derhalve met de nodige terughoudendheid worden benaderd.

<sup>29</sup> Aanvaarding door gedraging.

echter meer beperkingen worden opgelegd dan zal een gebruiker of distributeur sneller kiezen voor toepasselijkheid van de oude, vertrouwde tweede versie. Naar mijn verwachting zal dit de handhaving van de nieuwe versie op bestaande GPLv2 software enorm bemoeilijken. Nieuwe software kan daarentegen wel direct onder de GPLv3 worden uitgebracht. De praktijk zal moeten uitwijzen of hiermee de gewenste duidelijkheid en rust ontstaat.